

論 説

独占禁止法における「公共の利益」論

鈴木 孝 之

はじめに

実定法における禁止規定は、そこで禁止される行為が保護法益を損なうものであることを必須とする。ただし、保護法益を上回って容認しうる他の利益がある場合、例外的に当該禁止行為の違法性が阻却されるときがある。保護法益と他の利益との比較衡量は、質的判断と量的判断を要する。保護法益と他の利益は、直ちに比較可能な同質のものとは限らないし、異質のものであって、その比較衡量が許されるとなった場合にも、どちらが質的または量的に優先されるべきものであるかという判断は必ずしも容易ではない。

私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律第54号。以下「独占禁止法」と略称する）の禁止規定においても、その保護法益と他の利益との比較衡量を要するとされる場合がある。石油価格協定刑事事件の東京高裁判決⁽¹⁾と最高裁判決⁽²⁾の判示事項で、「独禁法の立法の趣旨・目的及びその改正の経過などに照らすと、同法2条6項にいう『公共の利益に反して』とは、原則としては同法の直接の保護法益である自由競争経済秩序に反することを指すが、現に行われた行為が形式的に右に該当する場合であっても、右法益と当該行為によって守られる利益とを比較衡量して、『一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で

健全な発達を促進する』という同法の究極の目的（同法1条参照）に実質的に反しないと認められる例外的な場合を右規定にいう『不当な取引制限』行為から除外する趣旨と解すべき」であるとするものである。

本判例は、2条6項に明文で示された「公共の利益」が原則として独占禁止法の保護法益である競争秩序であるとともに、例外として、かかる保護法益と他の利益を比較衡量して、問擬された行為を当該禁止行為から除外する考え方がありうることは示したものの、実際に除外できる場合に該当するとの結論に至ったものではないので、比較衡量することが質的にも量的にも可能な他の利益が何であるかを具体的に摘示してはいない。その後の裁判例や審決例も、禁止行為から除外できるとの結論に至ったものはないので、独占禁止法における「公共の利益」論、すなわち、他の利益の存在をもって、禁止行為から除外する例外を設ける考え方の在り様は、専ら学説上で展開されてきている。

本稿は、独占禁止法における「公共の利益」論を筆者なりに改めて論理構成してみようとするものである⁽³⁾。

1 「公共の利益」の条文上の位置付け

（1）明文の反公益要件の役割

現行の独占禁止法の禁止規定で「公共の利益」の用語が使われているのは、私的独占および不当な取引制限のそれぞれの定義規定2条5項・6項で「公共の利益に反して」とある2か所のみである⁽⁴⁾⁽⁵⁾。

かかる用語の使い方によって、違法要件（対市場効果要件あるいは弊害要件などとも称される）である「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（以下、単に「競争制限効果」という）が行為要件（事業者の事業活動の拘束・排除等）の態様から「公共の利益に反して」もたらされたものでなければならず、公共の利益に反せずにもたらされた競争制限効果は独占禁止法に違反するものではなく、容認すべきことになる。

このような判断過程は、すべての禁止規定に妥当することであって、私的独占および不当な取引制限にのみ妥当することではない。例えば、事業者団体の競争制限行為を禁止した8条1号を見ると、「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」という違法要件のみが表記されているが、「公共の利益に反して」の文言は、私的独占・不当な取引制限の定義規定と異なり、添えられてはいない⁽⁶⁾。注6に記述したように、同号でやはり明文化されていない行為要件に相当する文言は必須であるから補って解釈すべきであるが、「公共の利益に反して」（以下「明文の反公益要件」という）も必須であって補って解釈すべきであるかどうかは、なお一考を要する。

明文の反公益要件が2条5項・6項のみであることに合理的な理由があるか、という問題になる。2条5項・6項には、他の実体規定に見られない特徴のある文言が規定されている。それは、「その他いかなる方法もつてするかを問わず」（5項）と「その他何らの名義をもつてするかを問わず」（6項）という包括的意味を持つ文言である。2条5項・6項を受けて、事業者による競争制限行為を禁止する3条は、これによって、事業者の事業活動を制約する行為であって、競争制限効果を生じさせるものをすべて禁止できる一般条項（Generalkrausel）として設定されたことになる。

ただし、そのままでは、通常の競争状態の中から生じる事業活動（例えば、①様々な市場において販売価格や販売数量を決定して競い合う事業活動はそれ自体が競争事業者を排除する行為でもあるし、②独占的市場における首位事業者の販売価格の決定とそれに他の事業者が追随しただけのプライスリーダーシップ（価格先導制 price leadership）や③寡占市場におけるいわゆる意識的並行行為（conscious parallelism）なども、結果として、独占事業者を出現させたり、複数の競争事業者間で斉一的な並行行為を現出させれば、競争制限効果をもたらしたことに変わりなく、これらも禁止行為のうちに含まれてしまうことになりかねない⁽⁷⁾。

競争制限効果をもたらす限りですべての行為を含んでよいという考え方もありえないわけではない⁽⁸⁾が、行為規制においてそのように解すると、事業者が競い合う中に通常の独占化行為や並行行為となることもありうる要素を含むことは避け難いから、事業者の事業活動のリスクは極めて大きくなり、事業活動を行うことに消極的にならざるをえないことになって、通常の事業活動にも支障を来すことになり、角を矯めて牛を殺すという比喩が当てはまる非現実な結論となってしまう。

したがって、合理的に考える限り、「その他いかなる方法をもつてするかを問わず」と「その他何らの名義をもつてするかを問わず」と定めても、通常の事業活動はその範疇に入ることはなく、これにプラス・ファクターとなる要素（例えば、①競争事業者の効率的な事業活動を損なったり、競争事業者が援用できない制度上の特典の利用や、他の事業者の助力を得るなどの不適切な要素を加えて、競争事業者を排除する行為や、②複数の事業者間で相互に他の事業者の事業活動の予測を容易にする意思の連絡等の仕掛けなど）が加わって初めて3条で禁止する行為の範疇に入ってくるものである。

このように考えれば、反公益要件が明文化されていようといまいと、独占的事業者に追従する市場行動や複数の競争事業者間での斉一的行動となっても違法となることのない通常の事業活動と、禁止されるべき競争制限行為を区別する要件として、反公益要件となる判断レベルが必要なことは明らかである。それゆえ、独占禁止法のすべての禁止規定において、反公益要件が存在するものとしなければならない。

それにもかかわらず、2条5項・6項のみに明文の反公益要件を置いたことの理由は、第1に、前述したように、2条5項・6項に「その他いかなる方法をもつてするかを問わず」と「その他何らの名義をもつてするかを問わず」という文言を置いたので、その限界を画すべく、念のため「公共の利益に反して」という文言を対置させたと考えるのが、論理的に整合

性がとれる。

第2に、2条5項・6項に定義する私的独占・不当な取引制限は、事業者が行う行為であり（3条）、事業者とは事業を行う者であり（2条1項）、かつ、事業活動を行う者であり、それゆえ、市場における「競争メカニズム」を機能させる「競い合い」⁽⁹⁾を行っている者であるので、通常の事業活動によって競争制限効果が生じて、それは違法とされることがないことを特に明文で規定しておく意味があったということもできる。

その逆の意味合いで、8条1号で反公益要件の明文化が省略されたのは、事業者団体は事業を行うものではないので、事業活動を行うことによることからたらされる競争制限効果はありえないから、特に反公益要件を明文化する配慮は必要なかった、ということが可能である。

なお、独占禁止法第4章の各条に規定する企業結合規制においても、合併、株式所有、役員兼任等それ自体が販売、生産等の事業活動となる競争手段となるわけではないので、反公益要件の明文化が省略されているとみることができる。

（2）明文の反公益要件の意味

2条5項・6項においてのみ明文で規定されている反公益要件の本旨は、前述のとおり、事業者間の通常の事業活動が競争制限効果を生じさせたとしても、そのことを私的独占・不当な取引制限の範疇に包含するものではないということを確認することにある⁽¹⁰⁾。したがって、その意味は、前掲の最高裁判決が原則として判示するところと同旨である。通常の事業活動の所産と観念されるプライスリーダーシップや意識的並行行為は、構成要件的には、私的独占・不当な取引制限の行為要件（他の事業者の事業活動の排除・支配、相互の事業活動の拘束・遂行）に該当しないと判断される事柄で、わざわざ言うまでもないことであるから、2条5項・6項の明文の反公益要件は訓示的宣言の位置付けとなり、特にそのための立証を要しない。

したがって、同じ最高裁判決が示した自由競争経済秩序と当該行為によって守られる他の利益の比較衡量する場合が例外としてありうることは、明文の反公益要件に非該当の判断をもって行うべきではないとするのが、本稿の立場である。競争秩序と他の利益の比較衡量は、2条5項・6項においても、また、他の禁止規定においても、解釈上認められる他の利益の存否で考えられるべきことになる。ただし、2条5項・6項では明文の反公益要件があるので、その文言に依拠して考えられることがあってもやむをえない。

（3）解釈上認められる不文の反公益要件の意義

独占禁止法のすべての禁止規定において論理的に存在しうる反公益要件は、解釈上認められる不文の反公益要件であるが、それは構成要件の問題ではなく、違法性阻却事由の問題である。構成要件を充足すれば、違法性が認められるから、独占禁止法の禁止規定の場合、構成要件に違法要件である競争制限効果を明文で備えるので、形式的違法論として、禁止された行為が構成要件を充足する限り、違法であることで完結する。

しかしながら、独占禁止法も我が国の全法体系の一部として組み込まれて機能しているものであり、かつ、全法体系を支えている我が国の経済や社会の価値観を全く顧慮せずに、独占禁止法の領域の中だけで見出された違法性を絶対的なものとすることは論理的にはできない。したがって、独占禁止法の領域外で考えられる利益が同法の領域内で見出された違法性を阻却する場合があるかどうかを検討する機会があることを否定しない実質的違法論に拠らざるをえない。形式的に条文上に定められた違法性阻却事由の有無にかかわらず、条文上の根拠なしに実質的違法性阻却事由が存在する余地が例外的にあることを否定しないことである。前掲の最高裁判決もその趣旨で解することができ、かかる違法性阻却事由に相当する他の利益には何がありうるかということを考えることがとりあえず可能である。ただし、実質的違法性阻却事由に該当する具

体的な他の利益が示されることにより、独占禁止法の保護法益と他の利益の比較衡量の考え方は完成するもので、その摘示がない限り、比較衡量は空想的な段階にとどまる⁽¹¹⁾。他の利益との比較衡量による実質的違法性阻却事由の具体的な検討に入る前に、他の法令における違法性阻却事由の考え方を参考に見分してみたい。

刑法においては、その謙抑性から犯罪行為が当罰であるか否かが検討される。当罰が肯定される要素の一つとして、罪刑法定主義に基づく構成要件該当性が肯定された後に、実質的違法性を備えていることの検証に入る。構成要件を充足することで形式的違法性が備わることは原則として肯定されるから、構成要件の外にある保護されるべき利益（全法体系からの評価を含む）との比較衡量による実質的違法性の存否は、専ら違法性阻却事由の有無の問題となって現れる。

違法性阻却事由は、刑法典総則中に明文で規定されているものがあって、法令または正当な業務による行為（刑35条）、急迫不正の侵害に対して自己または他人の権利を防衛するためにやむを得ずにした行為（刑36条）および自己または他人の生命、身体、自由または財産に対する現在の危難を避けるためにやむを得ずにした行為（刑37条）である。その他の法律にも、母体保護法14条の医師の認定による人工妊娠中絶（業務上堕胎罪の違法性阻却事由）などが明文で定められたものである⁽¹²⁾。

全法体系から評価されるものでもある実質的違法性の有無に関しては、明文で定められていない不文の違法性阻却事由（被害者の同意など）もありうるとされるから、明文の違法性阻却事由は、犯罪行為の違法性阻却事由の一般概念の例示としてその外延を示すことになり、同時に、刑法が犯罪行為と規定することによる保護法益が実は保護に値しない法益である場合と、保護法益と他の侵害されかねない法益との比較衡量で後者が優越する場合と、さらには、他の法益の侵害を回避するためにより保護法益の侵害の程度がより少ないものであるべきであるとする補充性の原則（LRA:

Less Restrictive Alternative、より制限的でない他の手段、目的の合理性＋手段の合理性)が示されている。

民法では、90条において、私的自治の原則に依拠する法律行為の限界を画するものとして、強行法規違反(91条の反対解釈)とともに、公序良俗違反が規定されている。「90条は、個人意思の自治に対する例外的制限を規定したものではなく、法律の全体系を支配する理念がたまたまその片鱗をここに示したに過ぎない」⁽¹³⁾とされるが、90条自体が一般条項の性質を持ち、91条に比べて、柔軟な判断を可能とする⁽¹⁴⁾にしても、法律行為を無効とする公序良俗違反における公序良俗(公の秩序または善良の風俗)には、強行法規や効力規定を含む法規範によって守られているものである市民社会の妥当な在り方とその価値である社会的妥当性が中核としてあって、そこから広がるにしても問題となる法律行為を有効として義務を強制することが法の理想に適うものであるかという判断によって支えられるものであることが、およその通念となろう⁽¹⁵⁾。民法における公序良俗違反は、刑法における違法性阻却事由とは逆に、適法性阻却事由として機能し、契約自由の原則を含む私的自治の原則の最外部に引かれた限界線となる⁽¹⁶⁾。

刑法と民法でそれぞれに限界的な利益の比較衡量の制度を一瞥してみた結果、比較衡量の対象となりうる利益は、全法体系から評価されるもので、明文の事由で示された利益に限らず、不文のものもありうる事が容認されるが、不文の事由も無限定に想定するのではなく、明文の事由を質的にも量的にも上回ることを必要とするから、むしろ限定的に考えることになることが指摘できる。

独占禁止法の場合、明文の違法性阻却事由で示された利益とは、前掲の最高裁判決にならえば、自由競争経済秩序であり、不文の違法性阻却事由に該当するのは、一般消費者の利益である⁽¹⁷⁾。我が国が基本とする自由市場経済体制では、自由競争経済秩序の維持が一般消費者の利益に資する

ものであるから、例外的に自由競争経済秩序を損なっても一般消費者の利益にかなう不文の違法性阻却事由があつて、それを不文の反公益要件に該当する実質的違法阻却事由として評価しなければならない場合がありうるかという問題になる。

独占禁止法の保護法益である自由競争経済秩序は、独占禁止法の目的規定（1条）で示されている諸価値（事業者の創意の発揮、盛んな事業活動、雇用・国民実所得の向上、一般消費者の利益の確保、国民経済の民主的で健全な発達）を実現する手段でもあり、それ自体が、基本的人権（職業選択の自由、営業の自由等を含む）が保障された民主主義体制と同様に、維持すべき価値でもある。そして、自由競争経済秩序という公益と比較衡量される他の利益は、公益でなければならず、それを一般消費者の利益であるとしたが、そのことは他の公益の概念の内包を示しただけで、例示による外延の検討もされなければならない。

また、自由競争経済秩序という公益と例示される他の公益との比較衡量が質的ないし量的にどのように行うべきではあるかは単純明快には指し示し難いことであるが、一般的には、比例原則が妥当しよう。第1に、自由競争経済秩序が原則であり、他の公益を考慮することが例外との位置付けである。他の公益を考慮するとしても限定的であつて、自由競争経済秩序を全否定することまでは可とされない。第2に、自由競争経済秩序の侵害が軽度であるほど、他の公益は考慮されやすく、逆に、自由競争経済秩序の侵害が重度であるほど、他の公益の考慮は控えられる。

2 行為規制における不文の反公益要件の意義

（1）構成要件と不文の反公益要件の関係

独占禁止法の禁止規定は、行為規制と構造規制におおむね区分できる。

行為規制とは、事業者または事業者団体が行う競争制限行為を禁止するものである。競争制限行為とは、事業者の事業活動を制約すること、言い

換えれば、競い合いを制約することによって、市場における競争メカニズムの働きに悪影響を与えるものである。競い合いを制約する部分を行為要件として規定し、それが原因となって競争メカニズムに悪影響を与えることを違法要件として規定する。

構造規制は、事業者が行う企業結合が市場構造を変化させ、その変化が原因となって競い合いを減少させ、競争メカニズムに悪影響を与えることとなる場合に、当該企業結合が禁止されるものである。行為規制に比べた構造規制の構成要件上の特徴は、企業結合を行うという行為要件はあるにしても、行為規制の行為要件である事業者の事業活動＝競い合いを制約するという意味での行為要件はないことになる。行為規制における行為要件と違法要件の因果関係は直接的であり、構造規制における行為要件と違法要件の関係は間接的である。したがって、他の公益との関係を考える場合も、行為規制と構造規制を分けて、まず、行為規制の場合を検討してみたい。

行為規制に区分される独占禁止法の禁止規定は、3条、8条、19条等であり、その構成要件は、行為主体、行為要件および違法要件を組み合わせることから成り立っている。他の公益の存在は、これらの構成要件への該当性を判断する場合にも考慮される（内在的考慮）から、他の公益の存在をもって、いずれかの構成要件に非該当とされるときは、不文の反公益要件のレベルで他の公益の存在をもって違法性阻却を論じることはない。したがって、不文の反公益要件の意義を論じる前に、構成要件上での他の公益の考慮について検討してみる必要がある。

（２）行為要件における他の公益の考慮

行為規制における行為要件とは、事業者の事業活動＝競い合いを制約（法文上の表現は、排除、支配、拘束等の種々である）することである。ただし、事業活動を制約すれば、すべてが行為要件に該当するかといえば、そうはならない。一つの例は、私的独占における排除行為であって、

通常の競争手段で他の事業者の事業活動を排除して、違法要件に該当する競争制限効果を生じさせても、行為要件に該当しないことでもって、私的独占に問われることはない。私的独占を構成しうる排除行為であるためには、不適切な排除行為であることを必要とする。

行為要件への主な視点は、①制約される事業活動の態様と②制約の方法の態様の2点である。

制約される事業活動が他の公益からみて容認されないものである場合、かかる事業活動を制約しても、行為要件を充足しない。「保護に値しない競争」⁽¹⁸⁾という考え方から見ることにする。違法薬物、有害物質、危険な製品・役務などの取引について、その競い合いを制限する行為（当該製品・役務に係る事業活動を相互拘束したり〔例えば、違法薬物の価格協定〕、排除したりする行為〔例えば、危険な製品の取引をボイコット〕が行われた場合、このような製品・役務については、「保護に値しない競争」であるとして、独占禁止法違反とする法適用を否定する考え方である。ここでの競争の意味は、行為要件上の事業活動＝競い合いの意味であるから、法禁であったり、安全・衛生といった他の公益から生産・販売等の事業活動自体が容認されないの、かかる事業活動を制約しても、行為要件に該当する制約ではないとするものである。ただし、法禁の製品・役務で絶対的に取引の対象とならないものから、危険性や用途・使用法に注意すれば役立ちうるものまで、「保護に値しない競争」になるとしても、その程度には濃淡があるから、一律には考えられないもので、他の公益からみて容認されない事業活動であるか否かの判断は慎重さを要する。

他の公益に擬されるものとして、典型例に商品や役務の安全性の確保がある。「商品の安全性の確保は、直接の競争要因とはその性格を異にするけれども、これが一般消費者の利益に資するものであることはいうまでもなく、広い意味での公益に関わるものというべきである」ことを示した裁判例（不公正な取引方法〔抱き合わせ販売・平成21年改正前一般指定10項〕

による損害賠償を求めた東芝昇降機サービス事件⁽¹⁹⁾）がある。ただし、この裁判例では、当該抱き合わせ販売〔取替え調整工事込みの部品供給〕がエレベーターの安全性の確保に必須とまでの判定に至らず、言い換えれば、行為要件レベルで当該抱き合わせ販売が安全性確保のために行われたという立証を供給者側が果たせなかったことで、安全性という他の公益が実際に考慮の対象になることはなかった。

法禁の事業活動という観点から、行為要件レベルでの構成要件該当性が否定された事件として、大阪バス協会事件⁽²⁰⁾がある。貸切バス事業者の事業者団体が構成事業者に道路運送法で違法とされる認可された幅運賃の下限を下回った低運賃で取引する構成事業者には改善勧告を行い、低価格の運賃による募集を行う取引相手の旅行業者の運送は引き受けないように求めたことを、審判の結果、公取委は、道路運送法の該当規定が法規規範性を喪失していない限り、8条1号の構成要件に該当しないとした。道路運送法から見て違法とされる事業活動を制約しても、独占禁止法違反とはならないとしたことで、行為要件レベルで他の公益を考慮したことになる。

制約される事業活動が他の公益からみて容認されない場合でも、制約の方法の態様が不均衡である場合はなお除外されない。目的の合理性に対して、手段の合理性として論じられる事柄である。事業活動の制約が必要以上のものであったり、さらに、他の公益に資すると見せかけて、独占禁止法の禁止規定を潜脱しようとすることもありうる（いわゆる偽装されたカルテル disguised cartel）から、この点の注意が必要となる。

日本遊戯銃協同組合事件⁽²¹⁾では、エアソフトガンとプラスチック製弾丸BB弾を製造販売する中小企業を組合員として設立された協同組合がアウトサイダーの1社に製品の安全性を確保すべく、自主基準に従うよう求めて、取引を妨害したことについて、東京地裁は、「本件自主基準設定の目的が、競争政策の観点から見て是認しうるものであり、かつ、基準の内容及び実施方法が右自主基準の設定目的を達成するために合理的なもの

である場合には、正当な理由があり、不公正な取引方法に該当せず」、「自由競争経済秩序の維持という法益と、本件妨害行為により守られる法益を比較衡量して、独禁法の究極の目的に反しない場合には、公共の利益に反さず、不当な競争制限に該当せず、独禁法に違反しないことになる余地があるというべきである」としながらも、「たとえ本件自主基準の設定目的が正当なものであり、本件自主基準の内容も一応の合理性を有するものであっても、本件妨害行為は、右目的の達成のための実施方法として相当なものであるとは到底いえないというべきであり、正当な理由があるとはいえず」、また、「自由競争経済秩序の維持という独禁法の保護法益を犠牲にしてまで、消費者及びその周辺社会の安全という法益を守るため必要不可欠なやむを得ない措置としてされたものであるとは到底認められないから、前記独禁法の究極の目的に実質的に反しない例外的な場合であるとは認められず、ひいては公共の利益に反しないものとはいえない」として、違法性阻却を認めなかった。

（３）違法要件における他の公益の考慮

独占禁止法の禁止規定は、８条３号（「一定の事業分野における現在又は将来の事業者の数を制限すること」）のように、行為要件のみ規定されて、そのことだけで絶対的に競争減殺効果があるとして、例外的に、違法要件を記載しなかったものもある⁽²²⁾が、原則として、違法要件においてその保護法益の侵害の程度を原則として明文で示す。「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」（競争制限効果）であったり、「公正な競争を阻害するおそれのあること」（以下「公正競争阻害性」という）であったりする。これらは、競争秩序の侵害する質と量を表し、その侵害から保護しようとする自由競争経済秩序は公益であるから、これと比較衡量できる他の公益も同等以上のものでなければならない。ここで、競争制限効果、競争減殺効果および公正競争阻害性という３つの自由競争経済秩序を侵害する効果を掲げているが、その侵害の程度を本稿では競争制限効

果＞競争減殺効果＞公正競争阻害性の順で指定している。したがって、これらと比較衡量できる他の公益もその侵害の程度を埋め合わせる質量が必要であり、言い換えれば、3条・8条1号違反（競争制限効果）では他の公益が考慮しにくく、8条3号・4号違反（競争減殺効果）や8条5号・19条違反（公正競争阻害性）では相対的に他の公益を考慮しやすいという考え方ができる。

違法要件において他の公益を考慮するとは、第1に、他の公益のために行為要件に該当する事業活動の制約があっても、それがむしろ競争の質を高める競争促進効果があって、積極的に違法要件への該当が認められないとすることである。第2は、他の公益のためにある程度の競争減殺効果ないし公正競争阻害性は容認できるとして、消極的に違法要件への該当が認められないとすることである。これには、競争の働く余地がまだなお残っているという状況が加味される。

特定の事業者や事業者団体、さらには特定の業界や産業の利益は、なお私益であり、競争秩序という公益と比較衡量できる他の公益にはなりえない。これまでに他の公益の存在が主張されて、これを否定した裁判例でいえば、当事会社間の経済的利害の不均衡の是正のために行ったと主張された不当な取引制限事件（旭碓末事件⁽²³⁾）、東京都が発注する水道メーターの入札談合で、中小企業を保護するために行ったと主張された不当な取引制限事件（第一次東京都水道メーター入札談合刑事事件⁽²⁴⁾）、不当廉売やおとり廉売への防衛措置であることが主張された不公正な取引方法事件（育児用粉ミルク再販事件⁽²⁵⁾）などがあり、注25引用の最高裁判決で「単に通常の意味において正当のごとくみえる場合すなわち競争秩序の維持とは直接関係のない事業経営上の又は取引上の観点等からみて合理性ないし必要性があるにすぎない場合などは、ここにいう『正当な理由』があるとすることはできない」との趣旨に集約されよう。

次に、一般消費者全体が享受できる他の公益と同義となる価値について

検討する。

安全性には生命・健康・衛生も含まれる。化粧品小売業者への対面販売の義務付けを不公正な取引方法〔拘束条件付取引・平成21年改正前一般指定13項〕とする主張に関する最高裁判決（資生堂東京販売事件⁽²⁶⁾、花王化粧品販売事件⁽²⁷⁾）において、対面販売は「これによって最適な条件で化粧品を使用して美容効果を高めたいとの顧客の要求に応え、あるいは肌荒れ等の皮膚トラブルを防ぐ配慮をすることによって、顧客に満足感を与え、他の商品とは区別された資生堂化粧品に対する顧客の信頼（いわゆるブランドイメージ）を保持しようとするところにあると解されるところ、化粧品という商品の特性にかんがみれば、顧客の信頼を保持することが化粧品市場における競争力に影響することは自明のことであるから、被上告人〔資生堂東京販売〕が対面販売という方法を採用ことはそれなりの合理性があると考えられる」として、皮膚トラブル防止という健康面の配慮を掲げている。ただし、この場合、皮膚トラブル防止が他の公益になるとするのではなく、かかる配慮をすることが顧客からの信頼を得て、化粧品市場における競争力の増進になって、ブランド間競争の促進要因になるとの論理で、対面販売の義務付け自体に専ら公正競争阻害性のみしかないとの考え方を採っていない。

生命・健康・衛生を含む安全性の確保は、商品・役務の品質向上という競争手段の強化に資するものであるから、そのために事業者の事業活動の自由を一部制約することがあっても、競争促進効果と公正競争阻害性が並存して、まずそのレベルでの比較衡量により不公正な取引方法の違法要件である公正競争阻害性の存否を判断すべきであるという考え方につながり、公正競争阻害性の存在を前提として、安全性の確保を他の公益として措定する段階には直ちには至らない。

なお、安全性の確保が公正競争阻害性と対置する他の公益となる場合を想定したときも、本件の最高裁判決も支持した控訴審の東京高裁判決⁽²⁸⁾

には、「市場における有力なメーカー等が右販売方法を採用するについては、本判決の判示した一応の合理性では足りず、それが価格安定効果を凌駕する客観的かつ相当な合理性を説明できなければ、独禁法上問題となる余地がある」との判示がある。この判示事項は、もし、違法要件レベルで競争秩序が侵害されたことが認められた後に、他の公益との比較に行わなければならない判断レベルに至ったとした場合、そこでの比較衡量の留意点を示唆している。

留意点の第1は、双方の公益の比較衡量は絶対的かつ固定的な関係にあるものではなく、相対的かつ変動的な関係にあることである。すなわち、競争制限効果が軽度なものであれば、実質的違法性阻却事由に容認されるような他の公益も、競争制限効果が重度なものであれば容認されない他の公益もあり、かつ、容認されるとしても、より大きな質量の公益であることを求められるというものである。端的に言えば、3条ないし8条1号違反（競争制限効果）の場合と、19条違反（公正競争阻害性）ないし8条3号・4号違反（競争減殺効果）および8条5号違反（公正競争阻害性）の場合とでは、前者の方が他の公益が容認される余地は少ないということになる。

留意点の第2は、実質的違法性阻却事由として他の公益が存在することの主張責任（争点形成責任）・立証責任（証拠提出責任）は、違反行為者となる事業者または事業者団体の側にある。実質的違法性阻却事由の存在だけでなく、上記のように、競争制限効果の程度に相応して、その不利益を上回る利益を一般消費者にもたらすことを主張・立証しなければならないから、容易ではない。

他の公益が競争制限効果を補い上回ると認められる事例はあるのだろうか。為替手形について2回の不渡りを出した事業者に対する取引停止処分を不正な取引方法（不当な取引拒絶）とする主張に対し、東京地裁・東京高裁のいずれもが手形制度の信用維持という公益目的であるとして、こ

の主張を認めなかった東京手形交換所事件⁽²⁹⁾においても、特に高裁判決にあって、「取引停止処分制度について右説示したところからすれば、取引停止処分制度をもって独禁法の意図する公正な競争を阻害するおそれのある不公正な取引方法〔中略〕に該当する行為をさせるようにするものとはなし難い〔中略〕ところといわざるをえないからそもそも同法第8条に違反する廉は存しないものというべく（このように解すると、前記適用除外法の規定は、取引停止処分に関する限り、独禁法の適用のないことを確認して疑問の生ずることを払拭した規定としての意味しか有しないことになる。）」として、公正競争阻害性自体が生じることを否定しているから、違反行為としての構成要件（特に違法要件）該当性もないことになり、公正競争阻害性を手形制度の信用維持という公益目的が補い上回るとの論理を採っているわけではない。

不公正な取引方法の不当廉売事案で公益目的の低料金に言及した事件がある⁽³⁰⁾が、いずれも行為要件に相当する原価割れ料金と違法要件に相当する公正競争阻害性の間の因果関係の明確な存在を認めるに足らない趣旨で、当該原価割れ料金による公正競争阻害性と他の公益とを比較衡量をするまでには至らなかった。

その他の従前の事例を一覧しても、違法要件である競争制限効果や競争減殺効果ないし公正競争阻害性の発生が認められて、かかる競争制限効果等を補い上回る他の公益があつて、それを実質的違法性阻却事由と法的に評価した事例は見当たらない⁽³¹⁾。

次に、公正取引委員会が理論的に考えた場合の比較衡量の例として、「事業者団体の活動に関する独占禁止法上の指針」（平7・10・30公表。最新改正は平22・1・1。以下「事業者団体ガイドライン」という）の第二の7の「種類、品質、規格等に関する行為」の順序立てがある。

当該箇所、同指針は、事業者団体による商品・役務の種類、品質、規格等の制限行為は、競争の手段を制限するものであり、これにより競争を

阻害することは、8条3号～5号に違反し、また、例えば、市場分割の目的で商品の種類を制限すること等により市場における競争を実質的に制限することもあり得るところであり、8条1号に違反すると、まず指摘する。

その上で、上記の強制的な制限と区別して、事業者の任意の判断に委ねられる自主規制等や自主認証・認定等のレベルで、次のように他の公益に触れる。「商品又は役務の種類、品質、規格等に関連して、事業者団体が、例えば、生産・流通の合理化や消費者の利便の向上を図るため規格の標準化に係る自主的な基準を設定し、また、環境の保全や安全に確保等の社会公共的な目的に基づく必要性から品質に係る自主規制等や自主認証・認定等の活動を行う場合がある」。

そして、「自主規制等や自主認証・認定等の形をとっていても、当該活動により市場における競争を実質的に制限することがあれば、法第8条第1号の規定に違反する」と断定する。

違法要件のレベルが8条1号よりも低い8条3号～5号については、競争阻害性の有無の判断について、自主規制等に関しては、①競争手段を制限し需要者の利益を不当に害するものでないこと、②事業者間で不当に差別的なものではないこと、③社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のものであることの要素を勘案しつつ、判断されるとする。この点は、営業の種類、内容、方法等に関連して、事業者団体が行う、例えば、消費者の商品選択を容易にするため表示・広告すべき情報に係る自主的な基準を設定し、また、環境の保全や未成年者の保護等の社会公共的な目的または労働問題への対処のための営業方法等に係る自主規制等の活動についても、同じ考え方が示されている。

事業者団体ガイドラインで示された考え方の特徴は、次のような点である。

第1に、8条1号と8条3号～5号で区別した場合分けをしていること

である。8条1号と8条3号～5号の違いは、違法要件の重さである。8条1号は競争制限効果であって最も重く、8条3号～5号の違法要件⁽³²⁾は、それよりは軽度なものと観念される。そして、事業者団体ガイドラインは、社会公共的な目的等正当な目的の配慮を8条3号～5号についてだけ行い、8条1号については行うことに言及しなかった。

第2に、事業者団体ガイドラインでは、8条3号～5号違反については、「社会公共的な目的等正当な目的に基づいて合理的に必要とされる範囲内のもの」との限定付きであるが、かかる社会公共的な目的等正当な目的を、その競争阻害性の有無の判断にあたって勘案するとしている。その意味は、競争阻害性の有無を判断するにあたり、社会公共的な目的等正当な目的の存在を実質的違法性阻却事由として勘案するかのように見える。

しかし、独占禁止法の実体規定の体系は、例えば、刑法の各犯罪の処罰規定のように、個人的法益・社会的法益・国家的法益の大分類を含め、更に種々個別の保護法益を有するものではなく、公正・自由な競争秩序という一つの保護法益をめぐって、各規定が行為主体・行為要件・違法要件の態様と程度を変化させ関連付けて組み立てられているものである。8条3号～5号は、1号の予防規定の位置付けにおおむねあり⁽³³⁾、社会公共的な目的等正当な理由があれば、予防規定段階では違反としないということの意味する。言い換えれば、競争制限効果の発生に至ることが見込まれる公正競争阻害性の段階では、社会公共的な目的等正当な理由があれば、慎重を期してその後の実施状況や競争に与える効果を見守ることとし、直ちに違法することはないとの趣旨である。

したがって、再度引用すれば、「自主規制等や自主認証・認定等の形をとっていても、当該活動により市場における競争を実質的に制限することがあれば、法第8条第1号の規定に違反する」となって、競争制限効果を生じさせる場合は、社会公共的な目的等正当な理由を擬して実質的違法性阻却事由とすることはない。

なお、公正取引委員会が平成21年10月28日に公表した「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針」においても、「問題となる行為が、安全、健康、その他の正当な理由に基づき、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進するものである場合には、例外的に、競争の実質的制限の判断に際してこのような事情が考慮されることがある」としながらも、「ただし、排除行為が独占又は独占に近い状態をもたらす場合には、通常、競争を実質的に制限すると判断される」としている。

（４）実質的違法性阻却事由としての他の公益

独占禁止法の禁止規定を行為規制と構造規制に分けると、行為規制に妥当することで、構造規制については別途の議論が必要である。行為規制（事業者による私的独占・不当な取引制限〔3条〕および不公正な取引方法〔19条〕、事業者団体による競争制限行為競争阻害行為〔8条〕）の対象となるのは、事業者の事業活動（商品役務の生産・販売・購入活動であって、同時に当該商品役務の生産・販売・購入をめぐる他の事業者と競い合う競争活動）を制約する行為であるから、当該商品役務の取引分野（市場）における事業活動の制約効果（行為要件）と、それによる取引分野における競争メカニズムの機能の制限効果（違法要件）の充足と可能な実質的違法性阻却事由を直接に比較衡量できる分野であった。その上で、行為規制においては、不文の反公益要件で考えられる他の公益に相当する実質的違法性阻却事由の存在（外在的考慮）は、ほとんど考えられず、わずかに緊急事態のもので、しかも事業者が自らの利益を追求せず、他の公益である一般消費者の利益にもつぱら資するものであるように極めて限られる⁽³⁴⁾。

2011年3月11日に起きた東日本大震災の直後に、公正取引委員会が公表した「被災地への救援物資配送に関する業界での調整について」⁽³⁵⁾で示された考え方（「今回の地震は前例のない大規模なものであり、その被害は広範囲に及び、被災地は必要な様々な物資が供給されにくい困難な状況

に置かれています。このような緊急の状況に対処し、被災地に円滑に物資を供給するため、関係事業者が共同して、又は関係団体において、配送ルートや配送を担当する事業者について調整することは、（１）被災地に救援物資を円滑に輸送するという社会公共的な目的に基づくものであり、（２）物資の不足が深刻な期間において実施されるものであって、かつ、（３）特定の事業者に対して差別的に行われるようなおそれはないと考えられることから、独占禁止法上問題となるものではありません」が典型例となる。

3 構造規制における不文の反公益要件の意義

独占禁止法の禁止規定のうち、構造規制（企業結合規制）については、行為規制とは態様を異にする。独占禁止法の構造規制は、同法第４章（９条～18条）に規定する株式の保有、役員の兼任、合併、分割、株式移転および事業の譲受けを手段とする企業結合（外部成長）により、市場構造がより非競争的に変化すること（独占的事業者や協調的寡占事業者群の出現・強化）を防止するために、かかる効果の形成・維持・強化が蓋然性をもって予測される場合（法文上の違法要件としての表現は、「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなる場合」）に、当該企業結合を禁止する規定である⁽³⁶⁾。行為規制と構造規制の主な違いは、行為要件において、前者は事業者の事業活動（競い合う手段・方法）を制約する行為であって、違法要件である市場における競争制限効果と直接の因果関係となるのに対し、後者にあつては、行為要件は複数の事業者間の意思決定主体の融合が相当し、単に融合しただけであつて、その融合した意思決定主体が事業者の事業活動について具体的に指向する決定を行ったものではなく、意思決定主体の格差の拡大ないし数の減少による市場構造の非競争的変更を一部の市場にもたらすこと⁽³⁷⁾を介して、違法要件である当該市場における事業者の事業活動を競い合うことを消極的ないし協調的に変

化させる蓋然性があるという間接の因果関係となる。また、構造規制の競争制限は、企業結合の結果、統合される事業主体が関わるすべての市場において必ずしも生じるわけではなく、一部の市場で生じることになる。

したがって、構造規制の場合の競争制限効果の現出は、行為規制の場合に比べて、間接的であり、かつ将来予測であり、また、一部の商品・役務市場または地理的市場に限られる場合があることから、実質的違法性阻却事由に相当する他の公益との比較衡量が、構造規制においては行為規制に比して、なお許容される余地はありそうに思える。

例えば、企業結合によって、規模の経済性や範囲の経済性が良化して効率性の向上が見込まれる場合、効率性の向上が競争促進要因として考慮されるときは、違法要件の判断要素としてその実現可能性を見ていることになる（内在的考慮）。効率性が向上したにもかかわらず、企業結合後の事業者が競い合う行動に出ず、競争が実質的に制限されることになっても差し支えないとの判断が許容される場合（外在的考慮）があるとは考えにくい⁽³⁸⁾。

破綻会社を救済する企業結合にあっても、当該会社が実際に破綻して、完全に市場から離脱するよりも競争制限の程度が相対的に低いという判断が可能であるから、違法要件の問題として考えていることになる（内在的考慮）。競争が実質的に制限されることになっても、その不利益を破綻会社の救済という利益が上回るので、破綻会社を救済する企業結合が許容されるべきであるという考え方（外在的考慮）は、比較可能とは考えられないので非現実的である⁽³⁹⁾。

構造規制においても、行為規制における最終判断と同様に、競争秩序という公益を上回る他の公益が侵害する緊急避難的災害状況に対処するために、競争制限効果が形成または強化されることになってもやむをえないという状況がありうるかどうかを考えてみる。企業結合によって市場構造がプライスリーダーシップや意識的並行行為をより現出しやすく変化させる

蓋然性があっても、例えば、①企業結合の当事会社が所在する都市・地方・地域の雇用確保・産業振興により有用であること（地域振興）、②国際市場で強い競争力を有する企業を出現させること（国際競争力の強化）、③エネルギーや鉱物資源等の輸入で強い交渉力を発揮できる企業を出現させること（国際的な市場支配への対抗）、④国内の多くの産業に応用可能な最先端の高度技術の保持・開発ができる企業を維持すること（国内産業基盤を支える高度技術の発展）などの他の公益（一般消費者の利益という枠組みを超える）に資することになれば、当該企業結合は競争制限効果をもたらすとしても許容されるべきとの考え方がありうる⁽⁴⁰⁾。

しかし、競争制限効果の形成・強化の予防と他の公益の実現を、単純にオールタナティブにみて二者択一の比較衡量に落とし込むことはできない。企業結合によって一たび形成・強化されてしまった市場支配力が濫用された場合に対処する規制手段を有しない独占禁止法制の下では、短期的に見た場合には、他の公益と目された利益に比して競争制限効果の弊害は直ちに顕在化しないと判断されようが、長期的に見た場合には、競争圧力を免れたことによる弛みと専横が、優先された他の公益の実現も危うくする公算が大きいからである。

現実に上掲のような他の公益を配慮しなければならないような企業結合案件がありうるかどうかは、問題解消措置による解決もあるので、余りありそうもないとしか言いようがないが、それでも構造規制には、行為規制の充実（市場支配力が取引先に向けられた搾取的濫用規制の導入。原則禁止主義が外れた場合に代置する弊害規制主義の導入により、独占禁止法による濫用監視の中にあること）を条件として、企業結合が事業の規模・範囲・取引に係る経営判断であるので、不文の反公益要件において、事業者側から他の公益の存在を主張する余地が行為規制の場合よりもありそうなことは論理的可能性として否定できない。

注

- (1) 東京高判昭55・9・26高刑33巻5号511頁、審決集28巻別冊299頁。
- (2) 最判昭59・2・24刑集38巻4号1287頁、判時1108号3頁、判タ520号78頁、審決集30巻244頁。
- (3) 個別の事業法等に独占禁止法の適用除外規定を設けて他の公益を考慮したとする場合は、濫用監視制度を併設して個別審査手続によって産業政策の見地から判断されるものであるので、本稿の問題設定の枠組みから外れるので扱わない。
- (4) 昭和22年制定時の原始独占禁止法の禁止規定関連では、他に4か所、いずれも第4章の当時の厳格な企業結合規制に関係して「公共の利益」の用語を見ることができた。
 - ① 原始独占禁止法10条2項「…公正取引委員会が、当該株式の所有が一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなることがないと認めて認可したときには、これを適用しない。（以下略）」
 - ② 原始独占禁止法14条1項「何人も、相互に競争関係にある二以上の会社の株式を所有することにより、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなる場合には、その株式を取得してはならない。」
 - ③ 原始独占禁止法14条5項「公正取引委員会は、前項の届出があつた場合において、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにより公共の利益に反することとなる虞があると認めるときは、その全部又は一部の処分その他必要な措置を命ずることができる。」
 - ④ 原始独占禁止法15条2項「公正取引委員会は、前項の認可の申請があつた場合において、当該合併が左の各号の一に該当し公共の利益に反すると認めるときはこれを認可してはならない。（以下略）」
- (5) 現行の独占禁止法の手続規定では、1か所だけ、67条中に「関係のある公務所又は公共的な団体は、公共の利益を保護するため、公正取引委員会に対して意見を述べることができる。」に「公共の利益」を見ることができる。ただし、一定の取引分野における競争を実質的に制限することとは、関係なく用いられているので、本稿で扱う「公共の利益」とは離れたものになる。
 なお、平成25年改正前の独占禁止法には、審判手続の開始規定において、「…事件を審判手続に付することが公共の利益に適合すると認めるときは、公正取引委員会は、当該事件について審判手続を開始することができる。」（同改正前の53条および平成17年改正前の49条）として、「公共の利益」の用語が使われていたが、審判手続開始の政策判断に係るもので、本稿で扱う競争秩序に関係する「公共の利益」ではない。
- (6) 8条1号の文言を私的独占・不当な取引制限の定義規定と比較してみると、行為要件に該当する「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配すること」および「相互にその事業活動を拘束し、又は遂行すること」に相当する文言が明文化されていない。行為要件がなく、事業者団体の行為規制が成り立つことはありえないから、事業者団体が当該団体外の他の事業者の事業活動を排除し、または支配することと、構成事業者の事業活動を拘束し、または遂行させることという行為要件—それは取りも直さず、私的独占・不当な取引制限の行為要件とパラレルなものである—が明文化を省略されているもので、実際に運用するにあたっては、解釈上、読み込まなければならないものである。
- (7) プライスリーダーシップや意識的並行行為は独占禁止法の枠外に置くという趣旨ではなく、次注のように、かかる行為が容易となるように市場構造の非競争的変化をもたらす企業結合を審査する構造規制の対象となるもので、事業者の事業活動を制約する行為にかかる行為規制の対象とはならないという意味である。
- (8) 行為規制ではない構造規制（企業結合規制）においては、市場構造が非競争的に変化し、プライスリーダーシップや意識的並行行為が現れやすくなることを違法要件に含んでいる。公正取引委員会が公表している『企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針』（平成16年5月31日、最新改正平成23年6月24日）における単独行動による競争の実質的制限と協調的行動による競争の実質的制限が相当する。

- (9) 本稿では、競争がもつ2つの意味を区分する必要がある場合には、行為要件レベルの対象となる競争を「競い合い」に、違法要件レベルで対象となる競争を「競争メカニズム」に、それぞれ言い換えることがある。拙稿「独占禁止法における競争の二つの意味と関係」白鷗大学法科大学院紀要7号（2013年）81頁以下参照。
- (10) 原始独占禁止法の立法担当者の解説には、「彼が、このようにして、良質廉価の商品を市場に豊富に提供している限り、それがたまたま独占組織に由来するものであることを理由として、彼を非難すべき理由は全くない。独占組織に加入していない事業者が、彼との競争に耐えられなくなって、競争場裡から排除されるようになったとしても、それは自由競争の当然の結果であるから、これを公益違反の行為であるということとはできない。従って、この場合には、私的独占又は不当な取引制限は成立しない。これを要するに、私的独占も不当な取引制限も、公共の利益に反する不当な独占である」（石井良三『独占禁止法』（海口書店、1947年）91頁）との記述がある。
- (11) 前掲の最高裁判決について、実際に違法性を阻却した事件ではないので、「本件は刑事事件判決であるが、刑法学でいう実質的違法性阻却についての法益衡量説を適用したものではなく、その手法を借りて独禁法上の反公益性の解釈を示したものと考えられる」（平林英勝『独占禁止法の解釈・施行・歴史』（商事法務、2005年）53頁注4。初出「独占禁止法上の違法性判断における利益衡量について——学説と判例の比較」判例タイムズ1109号（2001年））との指摘がある。
- (12) 山口厚『刑法総論[補訂版]』（有斐閣、2005年）96頁。
- (13) 我妻栄『新訂民法総則』（有斐閣、1965年）271頁。
- (14) 内田貴『民法Ⅰ[第2版]総則・物権総論』（東京大学出版会、1999年）259・260頁。
- (15) 川島武宣『民法総則』（有斐閣、1965年）247頁。
- (16) 河上正二『民法学入門－民法総則講義・序論』（日本評論社、2004年）66頁。
- (17) 原始独占禁止法の立法担当者の解説には、「公共の利益とは、一般国民の利益——主として消費者としての利益を意味すると解してよいであろう。新憲法においては国家それ自体の利益とか民族それ自体の利益とか軍事上の利益とかというものは考えられないからである。併しながら、これは決して現在の目の前の消費者利益、又は一部の消費者利益のみを意味しない。将来の消費者利益を一層増大する目的で現在の消費者利益を犠牲にして生産力を拡大するとか、一部の国民の消費者利益を犠牲にして国民全体の消費者利益を確保するというようなことは、公共の利益である」（橋本龍伍『独占禁止法と我が国民経済』（日本経済新聞社、1947年）127頁）との記述がある。
- (18) 金井貴嗣ほか『独占禁止法[第5版]』（弘文堂、2015年）35・36頁（泉水文雄執筆）。
- (19) 大阪高判平5・7・30判時1479号21頁、判タ833号62頁、審決集40巻651頁。
- (20) 公取委審判審決平7・7・10審決集42巻3頁。
- (21) 東京地判平9・4・9審決集44巻635頁、判時1629号70頁、判タ959号115頁。
- (22) 8条4号では、事業者団体である以上、構成事業者と組織的關係をもつので、その機能・活動を制限する態様のことありえて、そのうちの競争減殺効果を有する場合に、独占禁止法上の問題となる趣旨で、「不当に」という違法要件が明記されている。
- (23) 東京高判昭61・6・13行集37巻6号765頁、審決集33巻79頁。
- (24) 東京高判平9・12・24高判50巻3号181頁、審決集44巻753頁。最決平12・9・25刑集54巻7号689頁、判時1729号172頁、審決集49巻829頁。
- (25) 東京高判昭46・7・17行裁例集22巻7号1022頁、審決集18巻167頁（明治商事事件）、昭46・7・17行裁例集22巻7号1070頁、審決集18巻214頁（和光堂事件）。最判昭50・7・11民集29巻6号888頁、審決集22巻173頁（和光堂事件）、民集29巻6号951頁、審決集22巻198頁（明治商事事件）。
- (26) 最判平10・12・18民集52巻9号1866頁、判時1664号3頁、判タ992号94頁、審決集45巻455頁。
- (27) 最判平10・12・18判時1664号14頁、判タ992号98頁、審決集45巻461頁。
- (28) 東京高判平5・9・27判時1474号25頁、審決集40巻683頁（資生堂東京販売事件）、平6・7・18判時1500号3頁、審決集41巻441頁（花王化粧品販売事件）。

- (29) 東京地判昭57・9・27審決集29巻239頁、東京高判58・11・17審決集30巻161頁。
- (30) 東京都芝浦と畜場事件・最判平元・12・14民集43巻12号2078頁・判時1354号70頁・判タ731号103頁、お年玉付き年賀書事件・最判平10・12・18審決集45巻467頁、下関市福祉バス事件・山口地判平18・1・16審決集52巻918頁。
- (31) 従前の事例の分析については、注11引用の平林書49頁～93頁が詳しい。また、他の公益に擬せられそうな事由は、白石忠志『独占禁止法〔第3版〕』（有斐閣、2016年）83頁～103頁に正当化理由として詳細な分析がなされている。
- (32) 正確には、8条3号に違法要件に相当する文言がないが、行為要件に該当する事実が競争減殺効果を有することが予定されているので、それをもって違法要件とした。
- (33) 8条3号は8条1号の私的独占に相当する行為の予防規定であり、8条4号は8条1号の不当な取引制限に相当する行為の予防規定である。8条5号にいう不公正な取引方法の諸類型には、取引上の優越的地位の濫用も含むので、すべてが8条1号の予防規定ではないが、多くの行為類型は8条1号の私的独占等に相当する行為の予防規定にあたる。
- (34) 拙稿「独占禁止政策の意義と今後の課題」法律のひろば37巻6号（1984年）22頁。
- (35) 公正取引726号（2011年4月）94頁。
- (36) 正確には、第4章中に9条と11条の一般集中規制を含むわけであるが、ここでは市場集中規制に限っている。
- (37) 一部の市場において非競争的変更をもたらすが、他の市場では競争的変更をもたらすので、その比較衡量により、許容されるというのは、反公益要件の問題としない。
- (38) 注8の『企業結合審査に関する独占禁止法の運用指針』では、「企業結合後において、規模の経済性、生産設備の統合、工場の専門化、輸送費用の軽減、研究開発体制の効率化等により当事会社グループの効率性が向上することによって、当事会社グループが競争的な行動をとることが見込まれる場合には、その点も加味して競争に与える影響を判断する」として、内面的考慮であることを明らかにし、逆に、「独占又は独占に近い状況をもたらす企業結合を効率性が正当化することはほとんどない」として、外在的配慮の可能性をほぼ否定している。
- (39) 前注引用の指針では、業績不振によって「企業結合がなければ近い将来において市場から退出する蓋然性が高いことが明らかな場合において、これを企業結合により救済することが可能な事業者で、他方当事会社による企業結合よりも競争に与える影響が小さいものの存在が認めたいとき」は「一定の取引分野における競争を実質的に制限することとなるおそれは小さいと通常考えられる」として、内面的考慮のみを行うことを明らかにしている。
- (40) ドイツ競争制限禁止法（GWB）42条1項は、連邦カルテル庁が禁止した企業結合であっても、競争制限効果の存在を容認した上で、当事会社からの申請によって、当該企業結合による個別市場の競争制限を埋め合わせる全経済的利益（gesamtwirtschaftliche Vorteile）を当該企業結合がもたらす場合または重大な公共の利益（ein überragendes Interesse der Allgemeinheit）をもたらすことで正当化する場合には、連邦経済エネルギー大臣は許可を与えることができる制度を規定する。同項には、当事会社の外国市場における競争力を考慮しなければならないことと、当該企業結合による競争制限の規模が市場経済秩序（marktwirtschaftliche Ordnung）を危うくしない程度のものである場合にのみ許可されるものであることが付記されている。運用実績として、1973年から2015年の間に、22件の申請があり、そのうちの9件（負担条件付きを含む）に大臣許可（Ministererlaubnis）が付与された。この制度は、企業結合規制における専門的判断（競争制限効果と競争促進効果の比較衡量）と政治的判断（競争的要因と非競争的要因の比較衡量）の2段階の過程を混同しないようにその判断基準と判定機関の責任を手続法的に明確に区分したものと評価される。しかし、大臣許可の制度は、企業結合規制を導入するGWB改正（1973）の実現に際して、当時の産業界の反対を和らげるための方策の一つという妥協の産物という側面があった。したがって、大臣許可の前に独占委員会の見解を徴することになっている（GWB42条4項）が、大臣許可の事案が政治的判断であることから、その是非について

て政治的な議論が絶えない状況が今日まで続いていることで、実体法上の論理性に欠けるきらいがあって、企業結合規制において競争制限効果と他の公益との比較衡量を行う反公益要件の検討の場には持ち出しにくい。

（本学法科大学院教授）